عقــد الاذعــــان

فى

القــانون المـدنى المصرى

وموقف الشريعــة الاســلامية منه

للأستاذ الدكتور / لاشين محمد الغياتى

عميد كلية الشريعة والقانون

بطنطـا

هذا البحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا

العـدد الاول

يونيه ١٩٨٦

بسم الله الرحمن الرحيم

عقد الاذعــان

فى

القانون المدنى المصرى وموقف الشريعة الاسلامية منه

مقـــدمة :

فى مقومات العقد فى الفقه الاســلامى والقــانون :

ان العقد فى الفقه الاسلامى(١) وفقا لجمهور الفقهاء هــو ارتباط الايجاب بالقبول على وجه يظهر أثره فى المحل المعقود

(١) العقد فى اللغة يحتوى على معان كثيرة اهمها معنى الربط والشد والتوثيق . فيقال عقدت الحبل أى قمت بربط طرفيه وشدهما وقــد يطلق على الضمان والعهد . « يراجع فى مادة « عقد » فى القاموس المحيط » .

ويرى البعض بأن كلمة العقد حقيقة فى الربط الحسى كربط الحبــل ومجازا فى الربط المعنوى كالربط الحاصــل بين الايجاب والقبول فى البيع والاجارة وغيرهما من العقود الاخرى . يراجع فى تفسير البحر المحيط جـ٣ ص٣١١ محمد بن يوسف بن حيان الاندلسى . والذى أراه بأن كلمة العقد يراد بها مطلق الربط حتى يندرج تحتها التصرفات الشرعية من بيع وهبة وايجار ومقايضة وعمل وغير ذلك على أن يكون من باب الحقيقة لا المجاز .

ويؤيد ذلك قول الله تعالى :

« يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود » ومفردها عقــد والمراد بهــا الربوط . فيقال عقدت العهد والحبل أى يستعمل فى المعانى والاجسام . سورة المــائدة الآية الاولى وتفسير القرطبى جـ٣ ص٢٠٠٠ ط الشـعب .

عليه(١) • أي يثبت أثرا شرعيا فيه •

ومن هذا التعريف نستنتج بأن مقومات العقد فى الفقه الاسلامى هى : صيغته وعاقداه ومحله • بصرف النظر عن من يقول بأن ركن العقد هو الايجاب والقبول « صيغة العقد » وبهما يقوم العقد ويولد وبدونهما فلا ظهور ولا وجود له •

اذن لو جود العقد لابد من توافر هذه المقومات الاساسية لتصور العقد ووجوده وهى : (٢) •

أ ـ وجود المتعاقد بين اللذين يرغبان فى انشاء العقد وتكوينه حتى يتوصلا الى أثره المترتب عليه شرعا ويلتزما بحكمه •

ب ـ الصيغة التى يتكون منها العقد وهى ما يصدر عن المتعاقد من عبارة كاشفة عن ارادته ومظهرة لرغبته كأن يقول الشخص المعبر عن رضائه بالتعاقد ، بعت أو وهبت أو رهنت أو اشتريت أو تزوجت على أن يكون المهر ٥٠٠٠ جنيها مصريا •

والصيغة المعبرة عن الرضا تتكون من الايجاب والقبول فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى وذلك يكون باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفا وبالفعل (٣) الا أن

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ٦ ص ٢٩٨٠ . الفروق للقرافى جـ٤ ص ١٣٥ نهاية المحتاج للرملى جـ٣ ص ٢ . العقود لابن تيمية ص١٨ .

(٢) محمد سلام مدكور . المدخل للفقه الاسلامى . ص ٥١٠ .

(٣) انظر : رسالة وليم قلادة فى التعبير عن الارادة فى القانون المدنى السورى ـ القاهرة ١٩٥٥م •

ورسالة وحيد الدين سوار فى التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى القاهرة ١٩٦٠م مشار اليهما د. عبد الناصر العطار فى مصادر الالتزام ص٣٥.

الفقه الاسلامى يشترط فى اللفظ الذى يعبر عن الرضا أن يكون قاطعا فى دلالته على الايجاب أو القبول مثل قوله بعت أو اشتريت (٤) .

جـ ـ محل العقد ـ وهو الذى يقع عليه التعاقد ويكون الالتزام بخصوصه وواقع عليه كالسلعة المبيعة فى عقد البيع والمنفعة التى يمتلكها المستأجر فى عقد الاجاره .

د ـ شرعية الغاية من التعاقد . وهو المقصد الأساسى الذى شرع العقد من أجله أو الأثر المترتب على التعاقد وهو ما يطلق عليه « بحكم العقد » ولذلك يختلف باختلاف نوعية العقود : ففى عقد البيع يتمثل الأثر فى نقل ملكية الشىء المبيع من البائع الى المشترى بعوض بخلاف عقد الهبه فان النقل يتم دون عوض بين الواهب والموهوب له . وفى عقد الاجارة يتمثل الأثر فى تملك المستأجر منفعة العين المؤجرة نظير عوض محدد . والمقصد الأصلى الذى شرع عقد النكاح من أجله هو حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر وملك عصمة الزوجة . ومما سبق يتضح بأن هناك فرقا بين الباعث على التعاقد الذى يخضع لرغبات الأشخاص دون طبيعة العقد فقد يكون الدافع لأحد البائعين رغبته فى الحصول على الثمن أو احتياجه اليه أو التخلص من المبيع أو من الضرائب . بخلاف الأثر المترتب على العقد فانه يتأثر بطبيعة العقد نفسه دون اعتبار الأشخاص المتعاقدين .

وبناء على هذا اذا وجد العقد صحيحا مشروعا يجب الوفاء

---

(٤) انظر البدائع جـ٥ ص ١٣٣ وبعدها ، حاشية الدسوقى جـ٣ ص٣ المهذب للشيرازى جـ١ ص ٢٥٧ ، المغنى لابن قدامة جـ٤ ص٣ .

به لحث القرآن عليه ، والقيام بالالتزامات التى يوجبها ٠ قال تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود »(٥) وقال سبحانه « وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا »(٦) وقال الرسول (ص) « لا أمان لمن لا أمانة له ٠ ولا دين لمن لا عهد له» ٠

أما اذا كان التعاقد رغم توافر أركانه وسلامتها يقع على شيء غير مشروع فانه لا ينشيء التزاما فى نظر الشارع ولا يجب الوفاء به بل على النقيض فانه يجب اغفاله ٠ والا فان المتعاقد يكون آثما شرعا ويستحق عقاب الله المترتب على مخالفته لحكم الشرع « فتعاقد المسلم على الخمر أو الخنزير أو الربا أو على من تحرم عليه شرعا بسبب القرابة أو النسب أو الرضاع لا ينتج التزاما ٠ بل لا وجود للعقد باعتبار أنه سبب فى ظهور الحكم »(٧) ٠

قال الله تعالى « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير »(٨) وقال تعالى : « انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون»(٩) ٠

وقال سبحانه « وأحل الله البيع وحرم الربا »(١٠) ٠

وقال تعالى بالنسبة للمحرمات من النساء « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من

---

(٥) سورة المائدة الاية الاولى ٠

(٦) سورة الاسراء الاية ٣٤ ٠

(٧) محمد سلام مدكور ص ١٠٢، ٥ ٠ المرجع السابق ٠

(٨) سورة المائدة الآية رقم ٩٠ ٠

(٩) سورة المائدة الآية رقم ٣ ٠

(١٠) سورة البقرة الآية رقم ٢٧٥ ٠

الرضاعة .. الخ »(١١) .

مقومات العقد فى القانون :

ان هذه المقومات لا تختلف عن المقومات فى الشريعة الاسلامية . حيث قد عرف الفقه الوضعى العقد بأنه « اتجاه ارادتين متطابقتين الى احداث أثر قانونى »(١٢) أو هو « ارتباط ارادتين توافقتا على احاث أثر قانونى »(١٣) أو هو « توافق ارادتين على احداث أثر قانونى سواء كان هذا الأثر هو انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاؤه »(١٤) فانشاء التزام مثل عقد البيع ، ونقل التزام كالحوالة من دائن لدائن أو مدين لمدين ، وتعديل التزام كاضافة شرط له أو اقتران أجل به وانتهاء التزام كالوفاء ينتهى به الدين .

ومن هذه التعاريف نجد أن مقومات العقد فى القانون تتمثل فى الرضا والمحل والسبب والسمية فى بعض العقود الهامة لما فيها من خطورة كالهبة والرهن الرسمى حيث اشترط فيها المشرع الرسمية وجعلها ركنا من أركان العقد والا كان باطلا .

فالارادة هى قوام العقد شريطه أن يكون التعبير بصيغة معينة « ايجاب وقبول » ومن عاقدين ذى أهلية كاملة وينصب

---

(١١) سورة النساء الآية رقم ٢٣ .

(١٢) الوجيز فى نظرية الالتزام د. محمود جمال الدين زكى ج ١ سنة ١٩٦٨م .

(١٣) نظرية الالتزام د. عبد الناصر العطار ص٣٣ وما بعدها .

(١٤) الوسيط د. السنهورى ج١ مصادر الالتزام ص٣٦ ، نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد د. أحمد حشمت أو ستيت ، نظرية العقد . د. سليمان مرقص ص٢٧ . بلانيول وريبير وبولانجيه ج٢ ص٣٤٠ .

على محل معين أو قابل للتعيين وأن يكون الباعث مشروعا أى متفقا مع النظام العام والآداب العامة ٠

دور الارادة فى العقـد :

ان الفقه الاسلامى والقوانين الحديثة بلا شك يعترفان للارادة بالقدرة على احداث الآثار القانونية اذا اتجهت الى ذلك وكذلك الآثار الشرعية « فالمسلمون عند شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا » « والعقد شريعة المتعاقدين » وفضلا عن ذلك فان الارادة عامل أساس فى تحديد مضمون الآثار التى يرتبها القـانون مادامت لا تخرج عن أوامره ونواهيه وهـذه القدرة التى التصقت بالارادة السليمة الخالية من العيوب ما يطلق عليها فى الفقه الوضعى « بسلطان الارادة أو ذاتيتها» ٠

وهذا المبدأ يعنى أمرين(١٥) :

الأمر الأول : أن الارادة وحدها قادرة على احداث أثر قانونى دون حاجة الى اجراء شكلى خاص وهذا ما يطلق عليه فى الفقه الحديث « مبدأ الرضائية » وهو المبدأ السائد والقاعدة الأصلية فى تكوين العقود فى القانون الحديث ٠ غير أن هـذا المبدأ لا يؤخذ به على اطلاقه فى القانون المدنى المصرى بل وردت عليه قيود تتمثل فى أنه يجب لانعقاد رهن العقار رهنا رسميـا أن تكون الكتابة رسمية أمام موثق فى الشهر العقارى(١٦) وكذلك فى عقد الهبة(١٧) أن يكون رسميا والا كان

---

(١٥) النظرية العامة للالتزام « مصادر الالتزام » سنة ١٩٧٤ ص٤٨ وما بعدها د. جميل الشرقاوى .

(١٦) المـادة ١٠٣١ مدنى مصرى .

(١٧) المـادة ٤٤٨ مدنى مصرى .

العقد باطلا واشترط المشرع فى عقد الشركة أن يكون مكتوبا وثابتا فى ورقة عرفية(١٨) وغير ذلك من الحالات الأخرى ٠

الأمر الثانى : ان الارادة قادرة على تحديد مضمون الالتزامات والآثار القانونية التى تتجه الى احداثها ٠ وبهذا تنظم العلاقات الناشئة بالعقد بين الأفراد وتجعلها محل احترام وتقدير ولايجوز لأحدهم نقضه أو تعديله الا باتفاقهم٠ وهذا هو ما نص عليه المشرع وجعله مبدأ قانونيا هاما فى المادة ١/١٤٧ مدنى مصرى حيث نص على أن « العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون » وهذا المبدأ لم يتركه المشرع على اطلاقه بل قيده بقيود كثيرة فى القانون المدنى وفى غيره من التشريعات الأخرى السكانية والعمالية والزراعية واليك بعض الأمثلة :

١ ـ أباح المشرع للقاضى أن يعدل من شروط العقد فى بعض الأحوال اذا أدت الى ارهاق جسيم لأحد الأطراف ٠ وتقدم بشكواه للقاضى ٠ وذلك وفقا للمادة ٢/١٤٧ مدنى مصرى٠

٢ ـ حمى المشرع الجانب الضعيف فى عقود الاذعان باعطاء القاضى رقابة على بنودها بحيث يجوز له تعديلها أو اعفاء الطرف المذعن من تنفيذها اذا كانت جائرة « م١٤٩ مدنى » والاتفاق على غير ذلك يكون باطلا ٠

٣ ـ قرر المشرع فى عقد التأمين بطلان شروط معينة رآها ضارة بالمستأمن « مادة ٧٥٠ مدنى » ٠

٤ ـ أجاز للقاضى تعديل الشرط الجزائى المحدد فى العقد زيادة أو نقصا وله سلطة تقديرية فى ذلك ٠ م١/٢٢٤ مدنى ٠

---

(١٨) المادة ٥٠٧ مدنى مصرى ٠

٥ ـ قواعد أخرى كثيرة ومتنوعة ومتفرعة تحد من قدرة الارادة على تحـديد مضمون الآثار القـانونية التى تتجـه الى احداثها مثل :

(أ) قواعـد تسعير السلع وتحـديد أجرة المساكن والأراضى الزراعية والغاء حرية المؤجر والمستأجر فى تحديد مـدة الايجار أو انهاء العقـد ٠

(ب) قواعد تنظم العلاقات القائمة بين العمال وأرباب الأعمال كتحديد الأجر وتنظيم الوفاء به ٠ وساعات العمل ومنح العمال راحتهم الأسبوعية والأجازات السنوية وهذه قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها ولا الاتفاق على ما يخالفها٠وغير ذلك من القيود التى تزداد يوما بعد يوم على سلطـان الارادة وخصوصا فى ظل الأفكار الاجتماعية والنظم الاشتراكية التى «تنادى بضرورة تدخل الدولة بواسطة أحكام القانون لتنظيم علاقات الأفراد حتى فى معاملاتهم الخاصة تنظيما اجبـاريا لا يـترك لارادتهـم كثــيرا من الحـرية فى تنظيمها »(١٩) ٠

ويكفينا فى التشريع الاسلامى قوله تعالى « تلك حدود الله فلا تعتدوها ومنيتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون »(٢٠) وقول الرسول صلى اللـه عليـه وسلم « لا ضرر ولاضرار فى الاسلام » وقوله صلى الله عليه وسلم « الحلال بين والحـرام بين وبينهما أمور مشبهـات أو مشتبهات لا يعلمهـا كثير من

---

(١٩) د. جميـل الشرقاوى ص٥٢ ٠ وانظر تفصيل هذا المبدأ فى ازدهاره وانكماشه المراجـع السابقة « فى مصادر الالتزام والسنهورى فى الوسيط ص ١٤١ ـــ ١٤٩ ٠ ص ٤١٠ وما بعدها والدكتور عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية العقد ص٢٧٠ وما بعدها ٠

(٢٠) سورة البقـرة آية ٢٢٩ ٠

الناس فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لعرضه ودينه ...»
فالارادة ليست حرة تفعل ما تشاء ولكنها مقيدة بالأوامر والنواهى التى أمرنا الله بها ونهانا عنها . وكل اتفاق يخالف ذلك يكون باطلا فضلا عن الجرم والاثم الذى ارتكبه صاحبه.

وبعد هذا العرض السريع الموجز لمقومات العقد وبيان مدي سلطان الارادة فى انشاء العقود نريد أن نبين موقف القانون المدنى والفقه الاسلامى من عقود الاذعان ومدى سلطة القاضى فى تعديل بنود هذه العقود حماية للطرف المذعن . والكلام يقتضى أن نقسم هذا البحث الى مبحثين :

المبحث الأول : عقود الاذعان فى القانون المدنى المصرى.
المبحث الثانى : موقف الشريعة الاسلامية من هذه العقود.

المبحث الأول

عقد الاذعان فى القانون المدنى(٢١)

قلنا سابقا بأن الأصل فى العقود حرية الارادة فى اختيار

---

(٢١) أهم مراجع القانون المدنى المتعلقة بالبحث هى :
د. السنهورى فى الوسيط جـ١ مصادر الالتزامات بوجه عام ف١١٦ .
د. عبد المنعم الصدة فى عقود الاذعان فى القانون المصرى سنة ١٩٤٦ .
د. الدكتور السنهورى نظرية العقد ف٢٧٧ وما بعدها .
د. أحمد حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد فقرات ١٠٧ وما بعدها .
د. سليمان مرقص أصول الالتزامات ص٨٤ وما بعدها .
د. عبد الفتاح عبد الباقى . نظرية العقد ص٢٠٤ وما بعدها سنة ١٩٨٤ .
د. محمود جمال الدين زكى الوجيز فى نظرية الالتزام جـ١ فى مصادر الالتزام ص٣٧ وما بعدها ف٣٠ .
د. لبيب شنب . مصادر الالتزام سنة ١٩٧٧ ص٤٨ ف٣٢ وما بعدها .

ما تبرمه منها وأيضا حريتها فى تنظيم آثاره وتحديد مضمونها شريطه ألا تخالف الارادة النظام العام والآداب العامة وأن تكون سليمة وخالية من العيوب • والتعبير عن الارادة يكون بالايجاب والقبول من ارادتين متطابقتين حتى يقوم العقد •

فالايجاب : تعبير نهائى عن الارادة يتم به العقد اذا ما تلاقى معه القبول شريطه أن يتضمن العناصر الأساسية لقيامه كالمبيع والثمن اذا كان بيعا ، والعين المؤجرة والأجرة والمدة اذا كان ايجارا • ويجب أن يكون نهائيا •

والقبول : هو التعبير عن ارادة من وجه اليه الايجاب بالموافقة عليه(٢٢) • وبه يتم العقد شريطه أن يكون القبول باتا وقاطعا ومطابقا للايجاب مطابقة تامة ، والا اعتبر رفضا متضمنا لايجاب جديد وفقا للمادة ٩٦ مدنى مصرى •

غير أن القبول فى بعض صوره الخاصة « قد يكون اذعانا

د. عبد الحى حجازى مصادر الالتزام والارادية سنة ١٩٦٢ ص ٣٦٥ وما بعدها .

د. أحمد سلامه مصادر الالتزام سنة ١٩٨١ ص١٠٨ ف٦٢ وما بعدها .

د. السنهورى فى مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ص٧٤ وما بعدها .

د. عبد الناصر العطار فى مصادر الالتزام ص٧٢ ف٢٧ وما بعدها .

د. محمد حسنى عباس نظرية العقد سنة ١٩٥٤ ص٤٧ .

د. محمد مختار القاضى . أصول الالتزامات فى القانون المدنى سنة ١٩٦٧ ص٦٨ وما بعدها .

د. جلال العدوى أصول المعاملات ص٢٥٣ وما بعدها .

د. عبد الخالق حسن أحمد دروس فى مصادر الالتزام سنة ١٩٨٤ ص٤٢ .

د. لاشين الغياتى . فى مصادر الالتزام ص١٠٠ مجموعة الاعمال التحضيرية. وغيره من الاعمال .

(٢٢) د. محمود جمال الدين زكى السابق ص٢٣ وما بعدها .

لما يفرضه الموجب • فاذا كان العاقد فى العادة ، لا يعبر عن قبوله الا بعد مساومة أو على الأقل بعد مقارنة بين عروض كثيرة ـ فانه فى بعض الحالات قد يضطر الى ابرام نوع معين من العقود دون أن يكون له اختيار فى ابرامه أو عدمه أو فى ترتيب آثاره بشكل أو بآخر(٢٣) ـ فالعاقد يجد نفسه واقفا أمام محتكر قانونا أو فعلا لسلعة أو لخدمة تعتبر ضرورية فى الحياة الاجتماعية » فالقابل بلا شك مضطر وراضخ الى قبول الايجاب الموجه اليه والمفروض عليه بل المفروض عليه وعلى غيره من الأفراد المنتفعين أو المستهلكين • ولهذا يطلق على العقود هنا « عقود الاذعان » أو التعاقد بطريق الاذعان • مثل التعاقد مع شركة المياه أو النور أو السكك الحديدية أو شركات التأمين ـ فانه والحالة هذه مضطر الى التعاقد مع هذه الشركات لأنه لا يستطيع أن يستغنى عن خدماتها أو عن استعمال المرفق الذى تحتكره احدى هذه الشركات •

فالمتعاقد من الناحية النظرية يملك أن يتعاقد معها أو لا يتعاقد ، أما من الناحية العملية فهو مجبر على التعاقد معها بشروطها المفروضة عليه والمطبوعة غالبا فى استمارات خاصة • يقوم الطرف المذعن بالتوقيع عليها ايذانا بقبوله التعاقد بناء على هذه الشروط • فالشخص القابل اما أن يذعن ويرضخ لهذه الشروط صاغرا ، واما أن يرفض التعاقد فيحرم نفسه من استعمال مرفق من المرافق الضرورية • لذلك سمى القبول فى هذه الحالة اذعانا adhésion (٢٤) • « لأن رضاء أحد العاقدين وان كان موجودا ، مفروض عليه ، فهو مضطر الى السلعة أو الى الخدمة ولا يجد له من سبيل غير الموجب ، فيرضخ لارادته ،

---

(٢٣) د• سليمان مرقص ص٨٤ •
(٢٤) د• سليمان مرقص ص٨٥ •

وان كان هذا الاضطرار متصلا بالظروف الاجتماعية لا بعوامل نفسية ، ولا يعتبر من ثم ، وفقا لنصوص القانون ، عيبا فى رضائه(٢٥) ٠

وهذا الكلام فى رأيى يعتبر اجابة لسؤال يطرح نفسه أو ربما يسأل البعض ٠ هل الاذعان « الارضاخ والاضطرار » هنا يعتبر عيبا فى الارادة مما يجعل العقد قابلا للابطال أم لا؟؟؟

فالاجابة صريحة وواضحة لا غموض فيها ، حيث لا يعتبر الاذعان عيبا فى الارادة وفقا لنص المادة ١٤٩ مدنى حيث أنها قد أقرت وأجازت العقد الذى تم بطريق الاذعان الا أنها قد وضعت وسائل عديدة لحماية الطرف المذعن الذى أصابه ضرر من ذلك(٢٦) ٠

وبعد هذه المقدمة نستطيع بفضل الله وبفضل فقهاء القانون الذين كتبوا فى هذا الموضوع أن نبين هذه النقاط : وهى :

أولا : تعريف عقد الاذعان ونشأته

ثانيا : خصائصه التى تميزه عن غيره من العقود ٠

ثالثا : التكييف القانونى لعقد الاذعان وموقف القضاء من ذلك ٠

رابعا : وسائل حماية الطرف المذعن ٠

---

(٢٥) د٠ جمال الدين زكى ص٣٨ ٠

(٢٦) والمادة ١٠٠ مدنى التى تنص على أن « القبول فى عقود الاذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها » كما أن ما يشوب الارادة هنا من عيب لا يبلغ الدرجة التى توجب ابطال العقد ٠ بل ان ابطال العقد برمته قد يكون ضارا بكلا الطرفين ٠ د٠ مختار القاضى ص٦٨ ٠

١ ـ تعريف عقد الاذعان(٢٧) : Contrat d'abhésion

يطلق عليه الفقه الفرنسى بعقد الانضمام لأن من يقبل العقد انما ينضم اليه دون مناقشة أو عقد التسليم • ثم أطلق عليه وآثر تسميته «بعقد الاذعان (أ•د• السنهورى فى الوسيط جـ١ ص٢٢٩) وهو أول فقيه عربى أطلق عليه هذه التسمية التى صادفت رواجا واسعا فى الفقه والقضاء ثم قننها المشرع فى القانون المدنى الجديد

والاذعان لغة :

يعنى الخضوع والذلة والاقراد والاسراع فى الطاعة •

وعقد الاذعان قانونا(٢٨) : **هو العقد الذى ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروطه بحيث لا يكون للمتعاقد الآخر الا أن يقبل هذه الشروط كلها أو يرفضها كلها •**

وقيل : « هو العقد الذى يسلم فيه القابل بالشروط التى يفرضها الموجب دون مناقشة »(٢٩) أو مفاوضة بينهما •

وقيل : بأنه « عقد يضع أحد طرفيه مشروعه بصفة عامة، ويقبله الطرف الآخر دون أن تكون له حرية مناقشته أو طلب تعديله »(٣٠) •

---

(٢٧) ان اول من استعمل هذه العبارة هو الفقيه الفرنسى سالى فى كتابه اعلان الارادة عام سنة ١٩٠١ والاذعان مشتقة من فعل adherein ومعناه أن يوافق شخص على قرار اتخذه غيره . ولهذا يرى بعض الشراح الفرنسيين : أن أن الذى يميز هذا النوع من العقود هو وحدة من يضع شروط العقد وكثرة من يوافقون على هذه الشروط . انظر فى هذا الموضوع بالتفصيل أ.د. عبد المنعم فرج الصدة فى عقود الاذعان فى القانون المصرى رسالة القاهرة سنة ١٩٤٦ . والمراجع التى اشار اليها .

(٢٨) أ.د/ عبد الحى حجازى السابق ص٣٥٦ ف٢٦٢ وما بعدها .

(٢٩) د. عبد المنعم الصدة فى رسالته ص٤٠ .

د. عبد الخالق حسن فى مؤلفه السابق ص٤٣ وما بعدها .

(٣٠) د. لبيب شنب دروس فى مصادر الالتزام سنة ١٩٧٧ ص٤٨ .

ومن هذه التعاريف نستنبط بأن عقد الاذعان عقد يرضخ فيه القابل للايجاب الموجه اليه من الموجب وفقا للشروط التى وضعها للتعاقــد دون مساومة بينهما لشدة الحاجة اليه أو احتكار الموجب للشيء محل العقــد ·

وهو يتميز عن عقد المساومة الذى يكون لطرفيه أن يناقشا بنود العقد قبل انعقاده · ففيه توجد المفاوضات ويحدث تشدد وتساهل واقبال وادبار وحل يفيد الطرفين(٣١) ·

أمثلة لعقد الاذعان :

التعاقد مع شركات النور والمــاء والكهرباء والغاز والبريد والتليفونات والتلغراف · وعقد النقل بجميع وسائله المختلفة برا وبحرا وجوا · ولذلك عند ما يسلم التاجر بضاعته لهيئة النقل بالسكة الحديد أو يحصل الراكب على تذكرة سفر فانما والحالة هذه يعقد عقدا لا يقبل المساومات لأن شروطه قد وضعت سلفا من طرف واحد محتكر للشيء محل التعاقد وهو فى المركز الأعلى ، بينما الطرف الآخر وهو فى المركز الأدنى ما عليــه الا أن يقبل أو يدع ولهذا عرفه البعض بأنه العقد الذى توضع شروطه سلفا بمعرفة أحد المتعاقدين(٣٢) · وهناك عقود أخرى كثيرة مثل عقد التأمين بأنواعه المختلفة وعقد العمل فى المشروعات الـكبرى والمؤسسات والمصالح الحكومية والقطـاع العــام والخاص وعقد الشركة والايجار وغيرهما من العقود المطبوعة والملزمة للقــابل الذى لا يستطيع أن يغير أو يعدل فى بنوده ·

---

(٣١) يرانكا ص ٤٤٣ مشار اليه فى الهــامش أ.د/ عبد الحى حجازى ص ٣٥٧ ·

(٣٢) أ.د. السنهورى جـ١ ص٢٣٠ د. عبد الحى حجازى ص٣٥٧ · أ.د. عبد الفتاح عبد الباقى ص٢٠٤ ·

أسباب نشأة عقود الاذعان(٣٣) :

لقد نشأت هذه العقود فى الفكر القانونى المعاصر لأسباب كثيرة أهمها : كما يقول الأستاذ الدكتور / عبد الفتاح عبد الباقى « نتيجة الوضع الاقتصادى المتمثل فى قيام قوى هائلة باتت تتحكم فى أرزاق الناس أو فى ما تقتضيه حياتهم من سلع ضرورية أو من حاجات أو خدمات لازمة ٠

وقد توصلت الى هذا التحكم فى الأرزاق أو ضروريات الحياة ومتطلباتها عن طريق الاحتكار أو ما يغريه من اضعاف أثر المنافسة ٠ وقد ساعد على ذلك أن مدنية العصر اقتضت حاجات أو خدمات كثيرة أصبحت من لوازم الحياة،حال كونها تتطلب لأدائهما مجهودات كبيرة وأموالا طائلة ٠ لا تستطيع القيام بها الا مشروعات ضخمة ذات قوى هائلة يغلب ألا تجد لها منافسا ٠ وان وجدته هادنته ، لتتوافق معه على توحيد شروطهما فى تقديم الخدمات الأمر الذى يضعف أثر المنافسة بينهما ، ان لم يزله كلية ٠ ومن هذه الحاجات أو الخدمات ، على وجه الخصوص ، تقديم الضروريات المنزلية كالمياه والغاز والكهرباء والنقل أرضا كان أم بحرا أم جوا ، والعمل فى المشروعات الكبرى والتأمين وغيرها كثير ٠

وكان من نتيجة تسلط القوى الهائلة على السلع والخدمات اللازمة لحياة الجمهور ، أنها دأبت فى تعاملها مع أفراده بشأنه، على أن تقتصر بأن تعرضها عليهم ٠ بشروط تضعها هى ، ولا تقبل منهم مناقشة فيها ، وليس لهؤلاء الا أن يقبلوها جملة أو يرفضوها ٠ وبعبارة أخرى ليس لهم الا أن يأخذوا أو يدعوا ٠ وهكذا عرف عالم القانون ضربا جديدا من ضروب

---

(٣٣) أ.د. عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٠.٢ .

التعاقد ، يأبى المساومة ويمنع النقاش . ويقوم بين طرفين أحدهما بالغ القوة من حيث تأثيره الاقتصادى أو الاجتماعى . والثانى ــ بالغة ما بلغت قوته فى ذاتها ــ ضعيف أمامه ، لايملك لشدة حاجته الى التعاقد معه الا أن يسلم بشروطه ويرضخ لارادته ويذعن لمشيئته(٣٤) .

ومما سبق ذكره نستطيع أن نقول بأن هناك أسبابا كانت دافعة الى انشاء هذا النوع من العقود لشدة الحاجة اليه مما دفع المشرع الى تقنين أحكام خاصة بها . فى القانون المدنى الجـــديد .

حيث نص فى المــادة ١٠٠ مدنى مصرى على أن « القبول فى عقود الاذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ، ولا يقبل مناقشة فيها » .

وتنص المــادة ١٤٩ مدنى على أنه « اذا تم العقد بطريق الاذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها وذلك وفقــا لمــا تقتضى به العدالة . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » .
وتنص المــادة « ١٥١ مدنى » على أنه :

١ ــ يفسر الشك فى مصلحة المدين .
٢ ــ ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن(٣٥) .

(٣٤،٣٥) د. عبد الفتاح عبد الباقى نظرية العقد ص٢٥٥ وما بعدها . ويطابق هذا التقنين المدنى السورى فى المواد ١٠١ ، ١٥٠ ، ١٥١ والقانون المدنى العراقى . م ١٦٧ . واللبنانى م ١٧٢ . والليبى ١٠٠ ، ١٤٩ ، ١٥٠ ، ١٥١ ، ١٥٣ ، والقانون الكويتى المدنى المــادة ٨٠ ، ٨١ ، ٨٢ ــ ولقد أحسن صنعا فى جمع أحكامه فى موضع واحــد .

كيف يتم التعاقد فى عقود الاذعان :

يتم التعاقد فى عقود الاذعان بناء على ايجاب يصدر من مقدم السلعة أو الخدمة وهو الطرف الأقوى فى المركز الأعلى · ثم القبول من القابل وهو الطرف المذعن الضعيف فى المركز الأدنى ·

فالايجاب هنا يتمثل فى عرض الخدمة أو السلعة من الموجب على جمهور من الناس وفق شروط موضوعه مقدما ومعلومه لديهم · شريطة أن يكون الايجاب مستمرا بحيث لو قبله أى شخص لقام العقد نهائيا · ولزم المتعاقدين ولما استطاع الموجب أن يتحلل من ابرامه ·

علما بأنه قد يقترن الايجاب فى بعض الحالات بشروط أو تحفظات تمليها طبيعة التعاقد ذاتها · فيجب مراعاتها ، والا كان الايجاب غير قائم أصلا · وهذا مثل الايجاب الموجه من السكك الحديدية والخطوط الجوية وشركات النقل والمقترن بتحفظ دائم ومستمر هو أن يكون هناك مجالات شاغرة ·

ومثل شركات التأمين التى تشترط أن يكون المؤمن على حياته خاليا من الأمراض التى تؤثر على صحته وحياته فالايجاب فى هذه الحالات معلق على الشرط المقترن به فيجب تحققه والا اعتبر الايجاب غير موجود أصلا ·

والقبول فى عقود الاذعان يتمثل فى الرضا بالتعاقد من القابل على أساس الشروط والتحفظات التى يعرضها بل يفرضها الموجب دون أدنى مناقشة أو مساومة أو مفاوضة · لأن القابل استسلم ورضخ لما تضمنه الايجاب من شروط ·

وتطبيقا لذلك فاذا جاء شخص وقبل الايجاب الموجه له ولغيره من الأشخاص · فان العقد يبرم لحظة وصول رضائه

بعلم الموجب · ولا يعيب رضاؤه أو تشوب ارادته فيؤثر ذلك على قيام العقد صحيحا أو سليما بسبب ارضاخه واذعـانه لارادة الطرف الآخر الذى « يتمتع بمركز اقتصادى أقوى من المركز الذى يوجد فيه الطرف الآخر المذعن ، بحيث يستطيـع استنادا الى مركزه القوى المتفوق أن يملى شروطه بطريقة لاتدع للطرف المذعن سوى أن يقبل هذه الشروط ، مادام لا يستغنى عن السلطة أو الخدمة التى يقدمها الطرف الأول القوى »(٣٦)·

وخلاصة القول فيما سبق أن عقد الاذعان ينعقد بالايجاب والقبول كغيره من العقود الأخرى ، غير أن القبول هنا له صورته الخاصة لما يلحقـه من اذعان وارضـاخ وتسليم لما يملى على القابل من شروط وتحفظات من الموجب ويجب مراعاتها ·

ثانيا : خصائص عقد الاذعان أو شروطه(٣٧) :

أجمع الفقـه الوضعى على أن عقـد الاذعان له خصائص تميزه عن غيره من العقود الأخرى وهى :

(أ) الخاصية الأولى : عمومية الايجاب : ومعنى ذلك أن يكون الايجاب الصادر من الموجب فى عقد الاذعان ايجابا عاما أى صادرا الى الناس كافة لا الى شخص معين أو الى بعض من الأفراد بشروط واحدة ولمدة غير محددة ، فلا يختلف هـذا من شخص لآخر ·

---

(٣٦) أ.د. لبيب شنب المرجع السابق ص٤٩ ، نقض مدنى فى ٢٢/٤/١٩٥٤ · مجموعة النقض المدنى ٥ — ١١٩ — ٧٨٨ ·

(٣٧) يرى غالبية فقهاء القانون المدنى بأنها خصائص مميزة لعقـد الاذعان بخلاف البعض الذى أطلق عليها بأنها شروطه الذى يجب أن تتوافر فيه حتى يكون عقد أذعان د. لبيب شنب ص٤٨ . المرجع السابق .

وفى الغـالب يتم هذا الايجاب فى شـكل نموذج مطبوع ليتضمن شروطا لا تقبل المناقشة أو التعديل حيث يتعين على القابل « الجمهور أو فريق منهم » قبولها جملة أو رفضها جملة أى لا خيـار له فيها مثـل ايجـاب الكهرباء والغـاز والمياه والتليفونـات • فالايجاب فى هذه العقود موجه الى عدد كبير من الأفراد غير معينين بذواتهم(٣٨) •

Collectivite Impersonnelle.

(ب) الخاصية الثانية : تتمثـل فى أن الايجـاب الصادر من الموجب فى هـذه العقود • يـكون من صنع الطرف القوى وحده حيث يقوم بوضع شروطه وتحفظاته دون مشاركة المتعاقد الآخر • ولذلك يكون هو المسئول وحده عن ارادة المشروع وسيره سيرا حسنا(٣٩) •

=

وقد ذكرت المذكرة الايضاحية هذه الخصائص بقولها :

وتتميز عقود الاذعان عن غيرها باجتماع مشخصات ثلاثة :

أولها : تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الاولى بالنسبة الى المستهلكين او المنتفعين .

والثانى : احتـكار هذه السلع أو المرافق ، احتكارا قانونيا أو فعليا أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها .

والثالث : توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق الى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها وعلى هـذا النحو يعتبر من قبيل عقود الاذعان تلك العقود التى يعقدها الافراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية ، أو مع مصالح البريد والتليفونات والتلغرافات أو مع شركات التأمين « مجموعة الاعمال التحضيرية » ج ٢ ص٦٨ وما بعـدها .

(٣٨) أ.د. عبد الحى حجازى ص ٣٥٨ . د. السنهورى ج١ ص٢٣٠ د. عبد المنعم الصبده فى رسالته ص٨٣ وبعدها .

(٣٩) ولذلك نص المشروع فى القانون المدنى م١٠٠ مدنى « القبول فى عقود الادمان يقتصر على مجرد التسليم بشـروط مقررة يضعهـا المـوجب ولا يقبل مناقشة فيها . »

(ج) الخاصية الثالثة : أن يكون العاقدين التفوق الاقتصادى على العاقد الآخر • فعقد الاذعان يفترض فيه عدم المساواه الاقتصادية بين المتعاقدين ، فأحدهما وهو القوى يضع بنود العقود وما على المتعاقد الآخر الا أن يقبل أو يدع دون مناقشة وهذه الخاصية تتحقق بأمرين :

الأمر الأول : هو تعلق العقد بتوفير سلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات الأولية الذى لا غنى للجمهور عنها فى حياتهم (٤٠). وكون السلعة أو الخدمة ضرورية أم لا بالنسبة الى المستهلك نظرا لما وصلت اليه المدنيه الحديثة والتقدم الحضارى والتكنولوجى • وهذه مسألة موضوعية تدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع التقديرية ولا رقابة عليه من محكمة النقض • ويطلق عليها « توافر خصيصة الضرورة » •

الأمر الثانى : أن يكون أحد العاقدين الذى وضع شروط العقد محتكرا لتقديم هذه السلعة أو الخدمة • احتكارا قانونيا أو فعليا أو أن تكون المنافسة على الأقل بينه وبين غيره محدودة ضيقة النطاق فى تقديم هذه الخدمات أو السلع الى المنتفعين بعرضها عليهم ولا يكون عليه شروطا أفضل من سابقتها •
عليه لأنه لم ير من يعرض عليه شروطا أفضل من سابقتها •

والاحتكار القانونى مثل مصلحة الغاز والكهرباء والتليفونات.

---

(٤٠) أنظر نقض ١٩٧٤/٣/١٢ مجموعة — النقض س٢٥ ص٤٩٢ . الذى يوجب أن يتعلق عقد الاذعان بالمصالح الاولية للجمهور، حيث جاء فى هذا الحكم أن السلع الضرورية التى تكون محلا لعقود الاذعان «هى التى لا غنى للناس عنها والتى لا تستقيم مصالحهم بدونها ، بحيث يكونون فى وضع يضطرهم الى التعاقد بشأنها ، ولا يمكنهم رفض الشروط التى يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة » ، وقد أشار الى هذا الحكم أ.د/ عبد الفتاح عبد الباقى فى هامش ص٢٠٧ المرجع السابق .

والاحتكار الفعلى مثل أن يوجد في مدينة ، مشروع واحد يمارس نوعا من الصناعات . فالعامل الذى يعيش هو وأسرته واستقر في هذه المدينة ولم يكن فيها الا هذا المشروع المتعلق بنوع عمله فانه مضطر الى الاشتغال فى هذا المشروع . فهذه هى الخصائص التي تميز بها عقود الاذعان(٤١) التى تزداد يوما بعد يوم بل

---

(٤١) أنظر فى خصائص عقود الاذعان ، نقض ١٢ مارس سنة ١٩٧٤ . مجموعة أحكام النقض س ٢٥ ص٤٩٢ قاعدة ٨٠ . « وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها الحكم فى أن شركة النصر لصناعة السيارات أعلنت عن انتاج سيارة نصر ١٣٠٠ ، وعرضت على الجمهور أن يقوم من يريد شراءها بالحجز لدى موزعيها مع دفع المعجل من الثمن ، وذكرت فى الاعلان أن اتمام اجراءات التعاقد متوقف على موافقتها . تقدم أحد أعضاء مجلس الدولة بحجز سيارة لدي أحد الموزعين ، ولكنه لم يحظ بالسيارة فقام برفع دعوى اختصم فيها الشركة المنتجة والشركة الموزعة ، وأسس دعواه على أن السيارة تعتبر من لوازم الحياة وان الشركة المنتجة تحتكر انتاجها ، وأن عقد بيع السيارة له يعتبر عقد اذعان ، وأن اعلان الشركة المنتجة عن حجزها يعتبر فيها ايجابا بالبيع . وأن تقدمه بالحجز مع دفع مقدم الثمن يتمثل منه قبولا ينعقد البيع به . وبخصوص ما ورد فى الاعلان من أن اتمام اجراءات التعاقد يتوقف على موافقة الشركة المنتجة ، فقد قيل عنه انه شرط تعسفى تملك المحكمة اعفاءه منه اعمالا للمادة ١٤٩ مدنى . وقد تجاوبت محكمة الموضوع مع المدعي فيما ذهب اليه . غير أن محكمة النقض نقضت الحكم على أساس أن العقد هنا لا يعتبر عقد اذعان لتخلف الخصائص التى يتميز بها حيث قالت فى حكم « لما كان من خصائص عقود الاذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة الى المستهلكين أو المنتفعين ويكون فيها احتكار الموجب هذه السلع أو المرافق احتكار قانونيا أو فعليا ، أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق ، وأن يكون صدور الايجاب منه الى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محددة . وكانت السلع الضرورية هى التى لا غنى للناس عنها والتى تستقيم مصالحهم بدونها . بحيث يكونون فى وضع يضطرهم الى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التى يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة ، وكان مجرد انفراد الموجب بانتاج سلعة ما أو الإتجار فيها . لا يعد بذاته احتكارا يترتب عليه اعتبار العقد المبرم فى شأنها من عقود الاذعان . ما لم تكن السلعة من الضروريات الاولية للجمهور بالمعنى المتقدم »

أصبحت شائعة نتيجة للتطور الاقتصادى والتقدم العمرانى والكثافة السكانية مما أدى الى نشأة الهيئات والمؤسسات والشركات فضلا عن الأفراد الذين يتحكمون فى الجمهور عند تقديم السلع والخدمات التى لا غنى عنها فى حياتهم • وهذا أمر يتضح فى عقود النقل البرى والجوى والبحرى وعقود العمل الصادرة من الشركات والمؤسسات • والكهرباء والتليفونات والتأمين بأنواعه المختلفة(٤٢) •

=

وقد أشار أ.د / عبد الفتاح عبد الباقى فى مؤلفه السابق الى هذا الحكم وأيده بقوله «وهذا الذى ذهب اليه الحكم سديد تماما فالتعاقد فى خصوصية الدعوى لا يعتبر من قبيل التعاقد بالاذعان . لان السيارة لا تعتبر من ضروريات الحياة فى مجتمعنا ثم أن الاحتكار غير قائم ، لان السيارات الاخرى متوافرة فى السوق وعلى ذلك يعتبر الاعلان الذى وجهته الشركة (النصر) مجرد دعوة الى التعاقد، فى حين يعتبر طلب الحجز هو الايجاب فلا ينعقد العقد . الا بموافقة الشركة المنتجة ، كما هو وارد فى اعلان الحجز . » .

ولكنى أرى بأن نظام حجز سيارات شركة النصر يغلب عليها طابع عقد الاذعان لانها الشركة الوحيدة فى ج.م.ع والمنتجة لهذه السيارات التى أصبحت ضروريات الحياة ومن الاولويات لانه لا غنى للأسرة المتوسطة عنها .. حتى يتمكن رب الاسرة أن يذهب الى عمله مبكرا وأن يقضى مصالح أسرته من مأكل ومشرب وملبس وتعليم .. الخ فمع تقدم المجتمع وتطوره وازدحام المواصلات وبعد المسافة بين السكن والعمل . أصبحت السيارة من الضروريات اللازمة والاولوية لكل أسرة حتى تستطيع أن تعيش وتحيى حياة سعيدة مكرمة .

(٤٢) أنظر عقود الاذعان دكتور / عبد المنعم الصده ص٦٣
أنظر النظرية العامة للالتزام دكتور / عبد الحى حجازى ص٣٥٩.
أنظر نظرية العقد د. عبد الفتاح عبد الباقى ص٢٠٨.

ولقد بينت محكمة النقض المصرية فى ٢٢/٤ سنة ١٩٥٤ س٥ ص٧٨٨ قاعدة ١١١٩ . ونفس الحكم فى مجلة المحاماه سنة ٣٥ ص١١٩٢ رقم ٥٣٥ » خصائص هذا العقد بقولها : بأن « من خصائص عقود الاذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة الى المستهلكين او المنتفعين ويكون فيها احتكار لهذه السلع ... الخ « ما سبق الحكم السابق » ..

=

والخصائص السابقة لابد من توافرها حتى يكون العقد من عقود الاذعان بل يجب أن يكون هناك ترابط بين هذه الخصائص فلا يتحقق عملا يستقل به أحد الطرفين بوضع شروط العقد وفرضها على الطرف الآخر دون مساومة . الا اذا كان الطرف الأول يتمتع بمركز اقتصادى أقوى من الطرف الثانى مما أدى الى أن يملى شروطه بطريقة لا تقبل المناقشة من الطرف المذعن فاذا لم تتوافر هذه الخصائص لا يعتبر عقد اذعان ولا يأخذ حكمه(٤٣) .

واذن فمتى كانت الحكومة قد أشهرت شروط مناقصة عملية انشاء طريق وكان من مقتضى هذه الشروط أن يتقدم كل ذى عطاء بشروط العمل وتحديد زمنه ولم يكن الايجاب فيه مستمرا لزمن غير محدود وكان لكل انسان حرية القبول أو الرفض بعد تقديم عطائه أصلا أو بتضمينه الشروط التى يرتضيها وتلك التى لا يقبلها فان التعاقد عن هذه العملية لا يعتبر عقدا من عقود الاذعان .

ومن هذا الحكم الذى يعين خصائص عقد الاذعان تستنتج بأن قد خلص فى النهاية الى أن عقد الاشغال العامة لا يعتبر ولا يعد من هذه العقود.

(٤٣) ولذلك قضت محكمة النقض فى ١٩٥٥/٤/٢٨ « المحاماة سنة ٣٦ ص ٩٩٠ رقم ٤٨٢ » بأن « اتفاق ورثة العامل الذى توفى أثناء تأدية وظيفته وبسببها مع الحكومة على مبلغ معين وتوقيعه على المخالصة الخاصة بهذا المبلغ ليس من الاتفاقات التى يتضمنها عقود الاذعان » وذلك لعدم توافر أى خصيصة من خصائص عقد الاذعان فى هذا الاتفاق . أنظر هامش ص٣٦ د. عبد الحى حجازى . وانظر نقد ١٩٥٤/٥/٢٢ السابق ذكره حيث قضت المحكمة بأن عقد الاشتغال العامة لا يعتبر من قبيل عقود الاذعان.

وعلق أ.د/ عبد الفتاح عبد الباقى فى هامش ص٢٠٨ حيث قال « وهذا القضاء سديد فضلا عن الطبيعة الادارية لعقد الاشغال العامة فان جهة الادارة وان كانت هى التى تضع مسبقا شروط العقد ولا تقبل عادة نقاشا فيها الا أنها لا تحتكر الاعمال التى يمكن للمقاولين أن يباشروها فضلا عن عدم تمثلها أمورا ضرورية لحياتهم وقضى أيضا بأن ترخيص مصلحة الجمارك

ثالثا : التكييف القانونى لعقد الاذعان :

لقد أثار هذا الموضوع خلافا عنيفا وحادا بين الفقهاء فى فرنسا • وفى غيرها من الدول حول طبيعة عقد الاذعان ذاتها • هل يعتبر عقدا من العقود وتسرى عليه أحكام العقود بوجه عام أم أنه لا يعد عقدا بل مركزا قانونيا منظما • ولذلك نجد الآثار المترتبة على عقود الاذعان متوقفة على تعرف طبيعة هذه العقود• فان كانت عقودا التزام الطرفان بكلما جاء فيها ولايجوز الانحراف عنها أو الخروج عليها بالرغم من أن القبول فيها كان اذعانا• وان كانت غير ذلك فانه يكون لها طبيعة خاصة تقضى اخضاعها لقواعد غير •• القواعد المعروفة التى تسرى على العقود بوجه عام(٤٤) •

ويمكن حصر الخلاف الذى كثرت مذاهبه وتشعبت آراؤه بين الفقهاء الى مذهبين :

المذهب الأول : يرى فريق من فقهاء القانون العام «ادارى» مثل « ديجى » Duguit « وهوريو » Hauriot وعلى رأسهم الأستاذ « سالى » Salleilles من فقهاء القانون المدنى(٤٥) بأن عقود الاذعان ليست عقودا حقيقية • اذ أن العقد توافق ارادتين عن حرية واختيار ، لكن القبول هنا

لاحدى الشركات بتشغيل معمل لانتاج المشروبات الكحولية بشروط معينة تتمثل بالتزامات على الشركة وحدها لا يعتبر من قبيل التعاقد بالاذعان لانه ليس عقدا أصلا وانما قرار ادارى — ومن ثم — فلا يجوز التحليل من أحكامه بدعوى أنها جائزة . وأن قبول الطاعنة « الشركة لها تم بطريق الاذعان — اذ أن الاستثناء الوارد فى المادة ١٤٩ من القانون المدنى فى شأن عقود الاذعان خاص بالعقود المدنية ولا يسرى على القرارات الادارية » .

(٤٤) نظرية العقد د. السنهورى ص ٢٨٣ .

(٤٥) سالى . اعلان الارادة ص٢٢٩ وما بعدها مشار اليه عبد الحى حجازى ص٣٦٣ .

ما هو الا مجرد اذعان ورضوخ(٤٦) فالعقود التى تقدمها شركات الاحتكار ليست عقودا بالمعنى المعروف • بل هى بمثابة قوانين تفرض على الناس فرضا « فيجب أن تفسر على هذا الاعتبار ، اذ ليس هناك الا ارادة واحدة هى ارادة المحتكر ولذلك يجب أن أن تخرج من نطاق الارادة الى نطاق العدالة وحسن النية » •

وقد أبى الأستاذ « ديموج » أن يسميها عقودا بل أطلق عليها لفظ المركز القانونى المنظم institution.

ومما سبق يتضح بأن تصرفات الاذعان وفقا لهذا المذهب، ليس لهـا من العقود الا الاسم وأنها فى حقيقتها تعبيرات من جانب واحد عن الارادة •

ولذلك يرى الأستاذ « سالى » أن القيمة القانونية لمـا يسمى عقد الاذعان ليس مصدرها توافق ارادتين بل تعبير من جانب واحد عن الارادة •

وحجتهم فى ذلك أن العقد يفترض المساواه بين طرفين ، كما يفترض حرية المناقشة وهذا أمر غير موجود فى تصرفات الاذعان حيث يكون الطرف القوى هو الذى يملى شروط التصرف على طرف ضعيف ، فما عليه الا أن يقبل أو يدع(٤٧) •

ولـكن يرد على ذلك بأمرين :

١ ــ أنه يكفى لانعقاد العقد وجود ارادتين(٤٨) •

---

(٤٦) د. السنهورى فى الوسيط ص٢٣١ ونظرية العقد ص٢٨٣ .
د. عبد الفتاح عبد الباقى ص٢٠٩ .
د. مختار القاضى أصول الالتزامات ص٦٩ .

(٤٧) سالى • اعـلان الارادة ص٢٣٠ • أشـار اليه • عبد الحى حجـازى ص٣٦٣ •

(٤٨) دى باتش • مجلة القـانون التجارى سنة ١٩٤١ ص٣٨ • أشار اليه المرجع السابق •

٢ ـ وفضلا عن ذلك فانه يكفى أن يكون الطرفان متساويين من الناحية القانونية ولكن لا يلزم أن تسبق الاتفاق مفاوضات يطول أمدها أو يقصر • ولا التساوى بين الطرفين من الناحية الاقتصادية فهذا أمر يستحيل تحقيقه(٤٩) •

المذهب الثانى : يرى الفريق الثانى وهم جمهور فقهاء القانون المدنى • أن عقد الاذعان عقد حقيقى يتم بتوافق ارادتين « ديموج Demogue وريبير Ripert واسمان Esman وكابيتان Capitant وغيرهم من الفقهاء • غير أن أنصار هذا المذهب انقسموا الى اتجاهين :

(أ) اتجاه يقول بأنه لا يوجد فرق بين عقد الاذعان والعقود العادية حيث يخضع للقواعد التى تخضع لها سائر العقود.

(ب) اتجاه آخر يقول بأن هذا العقد مع كونه عقدا بالمعنى الحقيقى ليس كالعقود العادية بل هو عقد خاص تجب معاملته معاملة خاصة « فاذا كانت القاعدة فى تفسير العبارات الغامضة فى عقد الاذعان بل يجب أن تفسر هذه العبارات بمعرفة القضاة وفق ما يقتضيه حسن النية والعلاقات الاقتصادية القائمة •

---

(٤٩) جوسران • شرح القانون الوضعى الفرنسى جـ٢ رقم ٣٢ ريبير • القاعدة الخلقية رقم ٥٧ •

د. عبد الحى حجازى حيث يقول « ان عدم تساوى طرفى العقد من الناحية الاقتصادية لا يمنع من وجود العقد . فالقانون نفسه يفترض أن احد طرفى العقد يكون أضعف من الآخر ، يدل على ذلك أن القانون منذ زمن بعيد قد اتخذ الحيطة من المساوىء التى تنجم عند انعدام المساواه بين المتعاقدين ، فأعطى لناقصى الاهلية دعوى البطلان ، ومكن للمغبون من أن يبطل العقد بشروط معينة . فثبت بذلك أن عدم التساوى بين الطرفين فى عقد الاذعان يجب ألا يمنع من اعتباره عقدا ص٣٦٤ •

وبهذا أخذ القضاء الفرنسى والقضاء المصرى فى ظل القانون المدنى القديم وحكم فى كثير من القضايا بأن عقد الاذعان عقد حقيقى يتميز بخصائص يجب توافرها وقد أخذ بذلك جمهور فقهاء القانون المدنى المصرى ٠

وقد آثر القانون المدنى الحالى أن يحسم هذا الخلاف الحاد بين الفقهاء حول طبيعة هذه العقود حيث ناصر فكرة العقد الحقيقى لهذا النوع مبينا فى المادة ١٠٠ مدنى بأن « القبول فى عقود الاذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها » وبهذا نجد المشرع المصرى غلب الرأى السليم الذى أيده الفقه والقضاء مراعيا الطرف المذعن بوضع وسائل لحمايته من الاذعان والارضاخ والتسليم بشروط محددة سلفا ٠ غير أن التسليم بها لا يصل فى حد ذاته الى مرتبة الاكراه ، الذى يؤدى الى ابطال العقد ٠

وكان القضاء فى مصر يسير على هدى القضاء فى فرنسا ، حيث كان يحترم العقود المطبوعة فى عقد الايجار والتأمين ٠ ويلزم من يتعامل مع مصلحة السكك الحديدية مع مراعاة أنظمتها ولوائحها ، ويقيد المستخدم فى عقد العمل باحترام لوائح الخدمة التى يخضع لها ٠٠ الا أنه مع ذلك يغلب الشروط المكتوبة على الشروط المطبوعة ٠ وفضلا عن ذلك فانه يبطل الاعفاء الاتفاقى من المسئولية وتفسير الالتزام فى مصلحة الملتزم ٠ ويفسخ الارادة السابقة ٠ بالاتفاق اللاحق(٥٠) ٠

---

(٥٠) نظرية العقد د. السنهورى ص٢٨٦ وما بعدها وانظر الى ما اشار اليه من أحكام المحاكم الفرنسية والمصرية القديمة فى ظل القانون القديم ٠

رابعا ـ وسائل حماية الطرف المذعن :

ان القانون المدنى المصرى وغيره من القوانين العربية الأخرى أقروا عقود الاذعان(٥١) واعتبروها شرعية صحيحة سليمة كغيرها من العقود الأخرى طالما قد توافرت أركانها وشروطها وكانت خالية من العيوب التى تؤثر على الارادة غير أن الشرع قد خص هذه العقود ببعض أحكام بهدف حماية الطرف المذعن الذى أذعن ورضخ لمشيئة الطرف الآخر القوى المتمتع بمركز سيادى أو اقتصادى قوى لأنه محتكر لهذه السلعة الخدمة أو المنفعة التى يقدمها للناس جميعا أو لبعضهم .

الحماية فى ظل القانون المدنى القديم :

ان الحماية الواجبة للطرف المذعن فى ظل القانون المدنى القديم . كانت حماية قضائية فقط لا تشريعية حيث كان القانون فى هذه الآونة خاليا من تنظيم وأحكام لهذه العقود التى كانت محل احترام وتقدير فى ظل القضاء المصرى الذى تكفل بحماية الطرف الضعيف حيث كان يفسر الالتزام الغامض لمصلحته لا لمصلحة الطرف القوى بل كان القضاء قديما يحكم بفسخ الارادة السابقة بالارادة اللاحقة(٥٢) ويبطل الاعفاء من المسئولية المتفق عليه بين الطرفين . بل احترم الشروط المطبوعة فى عقود التأمين والايجار واحترم النظم واللوائح الموضوعة للشركات والسكك الحديدية وتوظيف العمال وغيرها

---

(٥١) أنظر المادة ١٠٠ مدنى ليبى ، والمادة ١٠١ مدنى سورى والمادة ٨٠ مدنى كويتى ، والمادة ١٦٧ مدنى عراقى والمادة ١٧٢ من قانون الموجبات اللبنانى .

(٥٢) أنظر د. السنهورى فى الوسيط جا ص٢٣٢ ف١٨ والاحكام التى أشار اليها فى الهامش . استئناف مختلط فى ٤/١١ سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص١٨٨ ، ١٢/٧ سنة ١٩٢١ م٣٤ ص٤٤ . ومحكمة مصر .

مما يدل على الحماية القضائية لهذه العقود والاعتراف بها وجعلها عقودا حقيقية واجبة الاحترام والتقدير فلا يجوز للطرفين أن يخل بالتزامه أو يعدل عنه الا باتفاق الطرفين .

الحماية القانونية فى ظل التشريع المدنى الجديد :

لقد قنن المشرع ما استقر عليه القضاء وحكم به فى ظل القانون المدنى القديم وأصبحت حماية الطرف الضعيف فى عقود الاذعان قانونية ومفروضة بأمر من المشرع .

مما أدى الى أن الاتجاه الغالب فى معظم الدول يوسع فى نطاق تدخل القانون لتنظيم آثار هذه العقود وجعل له قواعد وأحكام خاصة بهدف حماية الطرف المذعن وأهم هذه القواعد تتمثل فى ثلاثة أمور :

الأمر الأول : التخفف من صرامة القوة الملزمة للعقد(٥٣) :

فالعقد شريعة المتعاقدين « فيقوم بينهما مقام القانون فى تنظيم العلاقات العقدية ، ويطبقه القاضى عليهما كما يطبق القانون »(٥٤) وبالتالى فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بنقضه أو تعديله دون اتفاق بينهما(٥٥) لأن ما تعقده الارادة المشتركة لا تجوز أن تحله ارادة منفردة وحدها الا اذ نص على ذلك المشرع استثناء من الأصل كما فى عقود الوكالة والوديعة والهبة والعارية وغيرها من العقود الأخرى(٥٦) .

---

(٥٣) د. أحمد سلامه فى مصادر الالتزام ص١٠٩ .

(٥٤) د. محمود جمال الدين زكى ص١٥٠ .

(٥٥) المادة ١/١٤٧ مدنى « العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون » .

(٥٦) أنظر المواد الآتية فى القانون المدنى : ٥٢٩ ، ٥٠٠ ، ٥٧٦ ، ٥٧٧، ٦٩٤ ، ٧١٥ . مدنى مصرى .

وأيضا لا يجوز للقاضى نقض العقد أو تعديله وفقا للعدالة· ولأنه لا يتولى انشاء العقود بل يقتصر عمله على تفسير مضمونها ورغم ذلك فان المشرع قرر للقاضى سلطة تعديل العقد استثناء من الأصل فى حالات نص عليها فى القانون المدنى أهمها: تعديل الشرط الجزائى · ومد أجل الدين · وتعديل أجر الوكيل· وتعديل الشروط التعسفية فى عقد الاذعان بل والاعفاء منها · وتعديل الالتزام المرهق ورده الى الحد المعقول فى حالة الظرف الطارىء(٥٧) ·

سلطة القاضى فى تعديل شروط عقود الاذعان أو الاعفاء منها(٥٨) :

بينا سابقا بأن عقد الاذعان هو العقد الذى يستأثر فيه أحد طرفيه « مقدم السلعة أو الخدمة » بوضع شروطه أو بنوده، فيقبلها الطرف الآخر دون مناقشة أو مساومة ·

ولهذا فانه من الممكن أن يتضمن العقد شروطا تعسفية جائرة بالنسبة للطرف الأخير لما يتمتع الأول من مركز اقتصادى احتكارى وقوى ، يمكنه من فرض ارادته التعسفية فى كثير من الحالات مما دفع الفكر القانونى الى أن يعمل جاهدا فى سبيل حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية · ولذلك نصت المادة ١٤٩ مدنى بأنه « اذا تم العقد بطريق الاذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق يقع على خلاف ذلك » ·

---

(٥٧) انظر المواد الآتية فى القانون المدنى : ٢/٢٢٤ ، ٢/٣٤٦ ، ٢/٧٠٩ ، ١٤٩ ، ٢/١٤٧ مدنى مصرى ·

(٥٨) د. محمد لبيب شنب ص٢٥٥ ف٢٠٥ · ·

ومن هذا النص يتضح لنا بأن القاضى لا يتدخل لتعديل العقد فى هذه الحالة الا بتوافر شرطين وهما :

١ - أن يكون العقد عقد اذعان .

٢ - أن يتضمن هذا العقد شروطا تعسفية . وتعتبر كذلك « اذا جاءت متجافية مع ما ينبغى أن يسود التعامل من روح الحق والعدل »(٥٩) وتقدير ما اذا كان الشرط الذى يشكو منه الطرف المذعن تعسفيا أم لا مسألة موضوعية . يستقل بها قاضى الموضوع دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض وهذا هو الغالب فى الفقه والقضاء المصرى(٦٠) .

واذا كان الشرط تعسفيا جاز للقاضى بناء على طلب الطرف المذعن . أن يعدل هذا الشرط بما يرفع عنه وصف التعسف أو يهدده ويعفى الطرف الضعيف من التقيد به كلية . وهذا الاختيار المفوض للقاضى من المشرع بين التعديل والاعفاء

---

(٥٩) د. عبد الفتاح عبد الباقى ص٢١٢ .

(٦٠) خلافا للفكر القانونى فى فرنسا فقها وقضاء حيث يحبذ الرقابة على قاضى الموضوع بالنسبة الى تفسير العقود التى لها صفة تنظيمية عامة مثل عقود الاذعان والعقود النموذجية . ويميل لهذا الراى الاستاذ الدكتور « عبد الفتاح عبد الباقى » حيث يقول فى هامش ص٢١٣ « ونحن من جهتنا لا يسعنا الا أن نؤيد هذا الاتجاه ونباركه راجع نقض باريس مدنى ٤ مايو ١٤٢ ، D.C.A. ١٩٤٢ — ١٣١ وتعليق Besson .

وانظر ايضا :

Marty Distinction du Falt et dnoit th. Ioulculcuse 1929 No. 158.

واذا الفكر القانونى يميل الى تخويل محكمة النقض الرقابة على قاضى الموضوع فى شأن تفسير عقود الاذعان ، فان تخويلها هذه السلطة أولى بالاتباع فى شأن تقدير ما اذا كانت الشروط التى تنطوى عليها تعسفية أم لا لتعمل فيها سلطة التعديل أو الاعفاء » .

مسألة تقديرية متروكة للقاضى وفقا للعدالة ولما يراه مناسبا دون رقابة عليه من محكمة النقض ٠

علما بأنه لا يجوز للطرف المذعن أن يطلب من القاضى ذلك لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأن التمسك بذلك يختلط مع الواقع(٦١) ٠

وتعديل العقد فى هذه الحالة يعتبر استثناء من المبدأ العام وهو أن العقد شريعة المتعاقدين وهذا أمر يرجع الى أن قبول الطرف الضعيف لمثل هذه الشروط مشوب بضغط اقتصادى دفعه الى قبولها لحاجته الى السلعة أو الخدمة محل التعاقد(٦٢).

« ويبرر هذه السلطة الواسعة التى منحت للقاضى ، على خلاف المبادىء العامة فى أثر القوة الملزمة للعقد ، الخصوصية التى ينفرد بها عقد الاذعان ـ وهى وقوع أحد طرفيه تحت رحمة الطرف الآخر ـ التى أدت ببعض الفقهاء فى فرنسا الى انكار صفة العقد عليه ، ودفعت القضاء عندما قبل التقنين الجديد الي تلمس الحماية للطرف المذعن بوسائل شتى فى ظل المبادىء العامة »(٦٣) ٠

---

(٦١) انظر نقض ١٢/٣١ سنة ١٩٧٠ طعن ٣٦/١٦٩ ق مجموعة أحكام النقض س٢١ ص١٣٠٥ قاعدة ٢١٤ . وقد صدر هذا الحكم فى شأن تفسير عقد الاذعان ، قاضيا بعدم جواز التمسك لاول مرة أمام محكمة النقض بأنه لا يسوغ تفسير وثيقة التأمين بما يضر بمصلحة الطرف المذعن . وهذا الحكم يسرى فى طلب المذعن التعديل أو الاعفاء . وفى كلتا الحالتين يتطلب إعمال سلطة القاضى فى الاعفاء من الشروط التعسفية أو تعديلها او فى التفسير على نحو لا يضر بمصلحة الطرف المذعن . البحث عما اذا كانت خصائص عقد الاذعان متوافرة من عدمه وعما اذا كانت شروط العقد جائرة من عدمه ، وذاك من أمور الواقع التى لا يجوز طرحها لاول مرة أمام محكمة النقض . مشار اليه د. عبد الفتاح عبد الباقى هامش ص٢١٤ .

(٦٢) د. لبيب شنب ص٢٥٦ وانظر نقض مدنى فى ٥/٢٥ سنة ١٩٥٠ م ق م ١ ــ ١٣٣ ــ ٥٢٩ . وقد أشار اليه فى الهامش .

(٦٣) د. جمال الدين زكى ص١٥٣ ف١٤٠ .

الأمر الثانى : من وسائل حماية الطرف المذعن :

أنه لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على سلب القاضى سلطة تعديل أو الغاء بعض الشروط التى يرى أنها تعسفية . وبهذا ضمن المشرع لتلك الحماية أن تكون جدية اذ لو كان من الجائز الاتفاق على استبعاد سلطة القاضى فى هذا المجال لظل الطرف المذعن بدون حماية(٦٤) .

فالحق الذى يقرره القانون للطرف المذعن بلا شك حق يتعلق بالنظام العام ، لأن الهدف منه حماية الضعفاء من الناس من جور القوى الاقتصادية الكبرى . واذا كان الأمر كذلك فان الحق فى التعديل أو الاعفاء ثابت للطرف الضعيف حتى ولو اتفق على غير ذلك . اذ أن مثل هذا الاتفاق يكون باطلا بطلانا مطلقا . لما للقاعدة القانونية من صفة آمرة لتعلقها بالنظام العام(٦٥) .

الأمر الثالث : تفسير الشك فى مصلحة الطرف المذعن . فى عقود الاذعان .

تنص المادة ١٥٠ ، ١٥١ على المبادىء العامة لتفسير العقد حيث نصت المادة ١٥٠ على أنه :

١ ـ اذ كانت عبارة العقد واضحة . فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدين .

٢ ـ أما اذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما

---

(٦٤) د. عبد المنعم الصدة ص٣٦١ ف٢٦٤ .

(٦٥) م ١٤٩ مدنى .

ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجارى فى المعاملات .

وتنص المادة ١٥١ مدنى على أنه :

١ - يفسر الشك فى مصلحة المدين .

٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن .

ومن النصوص السابقة نقرر ما يأتى :

أولا - اذا كانت عبارات العقد واضحة ، فانه يجب على القاضى أن يقف عندها ويحترمها ويقدرها فلا يجوز له الانحراف عنها للبحث بطريق التفسير للتعرف على ارادة العاقدين فالتفسير لا تقوم اليه حاجة الا عند غموض التعبير عن الارادة فى العقد(٦٦) وهذا مبدأ يجب اتباعه بصرامة ، لأن استقرار المعاملات يقتضيه(٦٧) .

ثانيا - اذا كانت عبارات العقد غير واضحة أى تحتمل أكثر من معنى وجب تفسيرها لتوضيح أحد المعانى التى تحتملها وهو المعنى الذى يتفق مع النية المشتركة للطرفين المتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ وفقا لنص المادة ١٥٠/٢ مدنى :

ويقول الأستاذ الدكتور لبيب شنب فى هذه الحالة أنه يجب مراعاة القواعد الآتية :

---

(٦٦) د. جميل الشرقاوى مصادر الالتزام ص٣٥٤ سنة ١٩٧٤ .

(٦٧) المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المنقح القاهرة سنة ١٩٤٢ باللغة الفرنسية جـ٢ ص١٤٠ أشار اليها د. جمال الدين زكى ص١٤٥ .

أنظر نقض مدنى ١٥/٥ سنة ١٩٦٤ م ق م ١٥ - ١٠٤ - ٦٥١ .

أنظر نقض مدنى ٦/٢١ سنة ١٩٧٣ م ق م ٢٤ - ١٦٥ - ٩٥٣ .

١ ـ ترجيح المعنى الأكثر انطباقا على روح العقد والغرض المقصـود منـه ٠

٢ ـ عبارات العقد متكاملة تفسر بعضها ببعض ٠ ولذلك يجب ولذلك يجب عنـد تفسير العقـد النظر الى عبـاراته فى مجموعها ، لا الوقوف عند كل عبارة ، وتفسيرها استقلالا وعلى حدة(٦٨) ٠

٣ ـ فى سبيل الوصول الى النية المشتركة للمتعاقدين يمـكن الاستعانة بالظروف التى أحاطت بابرام العقد وتنفيذه(٦٩) « مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعـاملات »(٧٠) ولم ترد هـذه الوسائل على سبيل الحصر فللقاضى أن يلجأ فى التفسير الى غيرها ٠

ثالثا : تفسير الشك فى مصلحة المدين :

اذا لم يوفق القاضى فى حالة تفسير العقد الى معرفة النية المشتركة للعاقدين ٠ وظل الشك لديه فى تحديد نطاق الالتزام العقدى فانه والحالة هذه يجب عليه أن يفسر الشك فى مصلحة المدين فى الالتزام الذى يتعلق الشك به ٠ وهذا يعتبر مبـدأ عاما نص عليه المشرع فى المـادة ١/١٥١ مدنى قائلا « يفسر

---

(٦٨) نقض مدنى فى ٣/١٠ سنة ١٩٦٦ م ق م ١٧ ـ ٧٨ ـ ٥٧٠ .
نقض مدنى فى ٦/٩ سنة ١٩٦٦ م ق م ١٧ ـ ١٨٧ ـ ١٣٥٠ .
نقض مدنى فى ١١/١٢ سنة ١٩٦٨ م ق م ١٩ ـ ٢٠٠ ـ ١٣٢٩ .

(٦٩) نقض مدنى فى ١١/٣٠ سنة ١٩٦٧ م ق م ١٨ ـ ٢٧٠ ـ ١٧٧٩ .
نقض مدنى فى ٦/١١ سنة ١٩٦٨ م ق م ١٩ ـ ١٧١ ـ ١١٤١ .
نقض مدنى فى ٣/٢٥ سنة ١٩٧١ م ق م ٢٢ ـ ٦٣ ـ ٤٠١ .
نقض مدنى فى ٦/١ سنة ١٩٧٢ م ق م ٢٣ ـ ١٦٦ ـ ١٠٦٢ .
وأشار الى هذه الاحكام د. لبيب شنب هامش ٢٤٦ .

(٧٠) المـادة ٢/١٦٠ مـدنى .

الشك فى مصلحة المدين » وهذا المبدأ يقوم على أساس فكرة أن الأصل براءة الذمة فالالتزام هو الاستثناء · ولا يجوز من ثم التوسع فى تفسيره ·

ويبرر الفقه الوضعى ذلك بأن « الالتزام يمليه الدائن لا المدين ، فاذا أملاه مبهما يحوم حوله الشك فالخطأ خطأه · ووجب أن يفسر الالتزام لمصلحة المدين ، اذ كان فى مقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضحا فلا يحتاج الى تفسيره »(٧١) فالشك راجع الى تقصيره ، فوجب أن يتحمل نتيجة هذا التقصير ·

ويبرر الفقه أيضا هذا المبدأ بأن « اثبات الالتزام يقع على عاتق الدائن ، فاذا قام شك فى تحديد مدى هذا الالتزام ، ولم يستطع الدائن أن يقيم الدليل على مدى واسع له ، لا يبقى سوى الأخذ بالمدى الضيق له الذى استطاع الدائن أن يثبته »(٧٢) ·

الاستثناء : تفسير الشك فى عقود الاذعان : استثناء من المبدأ العام « تفسير الشك لمصلحة المدين » نص المشرع صراحة على أنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن (م ٢/١٥١ مدنى) وأساس هذا الاستثناء هو أن الطرف المذعن لم يشترك فى صياغة بنود العقد · ولذلك فانه لا يسأل عن غموضها ، وانما المسئول عن ذلك هو الطرف الآخر القوى الذى استقل بوضع شروط العقد · وبصياغتها · ولذلك يكون مما يتفق مع العدل والمنطق ، أن تفسر العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أم مدينا · خلافا للقاعدة العامة التى تقضى

(٧١) نظرية العقد د. السنهورى ص٩٤٦ والوسيط جـ١ ص٦١٤ .
(٧٢) د. جمال الدين زكى المرجع السابق ص١٤٧ ف١٣٤ .

بتفسير الشك فى مصلحة المدين • لأن « المفروض أن العاقد الآخر وهو أقوى العاقدين ، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطا واضحة بينة فاذا لم يفعل ذلك ، أخذ بخطئه أو تقصيره وحمل تبعته ، لأنه يعتبر متسببا فى هذا الغموض »(٧٣) •

وتفسير العقد يعتبر مسألة موضوعية • اذ يعتمد أساسا على وقائع وظروف العقد • وبصفة خاصة العبارات التى استعملت فيه وبالتالى فانه لا يخضع فى قيامه بالتفسير لرقابة محكمة النقض مادام قد التزم القواعد السابقة فى تفسيره •

ومادام قد استخلص نتائجه من مصادر موجودة فعلا لا وهما • وغير متعارضة مع الثابت من ظروف النزاع ، ومتى كانت عبارات العقد تحتمل المعنى الذى حصله(٧٤) •

بخلاف تطبيق قواعد التفسير فانه يعد عملا قانونيا ومحكمة النقض لها حق الرقابة على القاضى فى هذه الحالة • وتطبيقا لذلك فلو فسرت محكمة الموضوع الشك ضد مصلحة المدين مثلا فى غير عقود الاذعان • كان لمحكمة النقض أن تنقض هذا الحكم لمخالفته القاعدة القانونية عن قواعد التفسير •

---

(٧٣) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ٢ ف٣٠٠ .

(٧٤) مارتى ورينو جـ ١ مجلد ٢ ص ١٩٨ رقم ٢١٦ • نقض مدنى فى ٣١ مايو سنة ١٩٦٢ • م ق المصرية .

م ق م ١٣ — ١١٠ — ٧٣٤ فى ٢٦ مارس سنة ١٩٦٤
١٥ — ٦٨ — ٤١٨ فى ٥/١٦ سنة ١٩٦٧ .
١٨ — ١٥٠ — ١٠٠٥ فى ٦/٢٧ سنة ١٩٦٧ .
١٨ — ٢٠٨ — ١٣٧٩ فى ١١/١٤ سنة ١٩٦٧ .
١٨ — ٢٥١ — ١٦٠٩ فى ٨ /١ سنة ١٩٧٠ .
وقد أشار اليها أ•د/ لبيب شنب فى هامش ص ٢٤٨ .

المبحث الثانى
موقف الشريعة الاسلامية من عقود الاذعان

ان عقود الاذعان كما قلنا سابقا ظاهرة جديدة وحديثة العهد اقتضتها المدنية الحديثة • فالأقدمون لم يعرفوها ولم تتناولها شرائعهم ، وان عرفوا أصل وجودها المتمثل فى الاحتكار وعادوه وحاربوه(٧٥) •

وقد ظهرت فى القوانين الحديثة نتيجة للتطورات الاقتصادية. بخلاف الفقه الاسلامى الذى لا يعرف هذه العقود ولا يقرها بل الشريعة الاسلامية كدأبها فى السبق الى كل ما هو خير ، سباقة الى محاربة الاحتكار ومعاداته والعمل على وقاية الناس من شروره وآثامه •

فالفقه الاسلامى لا يقر الأصل الأساسى الذى تقوم عليه هذه العقود وهو الاحتكار وفرض السعر الجبرى على الناس • لأن هذه العقود تقوم فى القانون على أساس احتكار شركة أو هيئة معينة أو مرفق عام لسلعة أو خدمة عامة • وفضلا عن ذلك فانها لا تقوم على أساس الرضا الكامل • فهى تنطوى على اكراه غير مباشر والشريعة لا تقر العقود الناتجة عن الاكراه المعيب للارادة بل المعدم لها فى بعض الحالات •

والتملك فى الشريعة الاسلامية وظيفة اجتماعية لها واجباتها وحدودها التى تجعلها أداة من أدوات الرقى الانسانى والتكافل الاجتماعى الذى يعمل الاسلام جاهدا لتأكيده بين أبناء الأمة الواحدة »(٧٦) •

---

(٧٥) أ.د/ عبد الفتاح عبد الباقى ص٢٠٥ •

(٧٦) دراسة مقارنة حول عقد البيع أ.د. الشافعى عبد الرحمن ص ١٥٩ •

ومن هذا المنطلق قررت الشريعة الاسلامية مبدأ المنع من اساءة استعمال الحق قبل القوانين الوضعية الحديثة ونظرية التعسف فى استعمال الحق معروفة ومشهورة فى الفقه الاسلامى فى القديم والحديث ومن أهم تطبيقاتها تحريم الاحتكار فى كل شىء فى الطعام أو فى الملبس أو المسكن الا اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك وتحت اشراف أولى الأمر خوفا من الظلم والجشع والاضرار بالناس • ولذلك كان لزاما علينا أن نتحدث عن الاحتكار المنهى عنه شرعا فى عدة نقاط :

١ ـ تعريف الاحتكار :

لغة : حبس الشىء عن البيع والتداول بقصد الغلاء •
ولذلك قيل احتكر زيد الطعام اذا حبسه ارادة الغلاء ، والاسم حكره(٧٧) •

واصطلاحا • عرف بتعريفات كثيرة أهمها : ما ذهب اليه الحنفية بأنه :

(أ) شراء الطعام ونحوه وحبسه الى الغلاء أربعين يوما(٧٨) •

(ب) والشافعية : بأنه : شراء القوت فى وقت الغلاء ليمسكه ويبيعه بعد ذلك بأكثر من ثمنه للتضييق على الناس(٧٩) •

(جـ) والمالكية : يرون بأن الاحتكار هو حبس الشىء بقصد الغلاء • أو الادخار للمبيع وطلب الربح بتقلب الأسواق أو حبس السلع عن البيع ليعم الطعام وغيره(٨٠) •

---

(٧٧) المصباح المنير جـ١ ص٢٢٦ .
(٧٨) حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٢٨٢ وبدائع الصنائع جـ٥ ص٢٣٢ .
(٧٩) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملى جـ٣ ص٧٠ وما بعدها .
(٨٠) شرح الزرقانى على موطأ مالك جـ٣ ص٤٥٦ .
ونيل الاوطار للشوكانى جـ٥ ص٢٢١ .

(د) وعند الحنابلة : أن يشترى الشخص القوت للتجارة بقصد الغلاء بحبسه وقلة عرضه فى الأسواق(٨١) ٠

ومما سبق من تعاريف الفقهاء للاحتكار نستنبط بأن الاحتكام المحرم بوجه عام فى الفقه الاسلامى هو : أن يحتكر الشخص سلعة ضرورية ، فيغلى من سعرها ويبيعها للناس على ما يريد ، فتذعن الناس لارادته وترضخ للسعر الذى يفرضه لحاجتها الشديدة الى هذه السعة(٨٢) ٠

واذا كانت عقود الاذعان فى القانون المدنى قائمة على الاحتكار بل خالية من الرضا الكامل للطرف المذعن وتحمل فى طيها اكراها غير مباشر وحمل على التعاقد لشدة الحاجة الى السلعة أو الخدمة محل التعاقد ٠ فان ذلك أمر ممقوت ومبغوض بل حرام فى الشريعة الاسلامية وفقا لأرجح الأقوال ٠ فضلا عن التسعير الجبرى المفروض على الناس دون مساومة أو مفاوضة ونقاش فى ثمن السلعة أو مقابل الخدمة وهذا أمر لا يتفق مع الشرع الحكيم ٠ الا اذا تدخل ولى الأمر بهدف المصلحة العامة ووضع حد لجشع التجار والمحتكرين للسلع والخدمات الضرورية واللازمة لحياة الناس والتى لا غنى عنها كالمياه والكهرباء والدواء والقوت والملبس والمسكن والتعليم وغير ذلك مما هو ضرورى ولازم للحياه ٠

---

(٨١) المغنى لابن قدامة : جـ٤ ص١٧٠ وما بعدها . وكشاف القناع لابن ادريس جـ٢ ص٣٠ وما بعدها .

(٨٢) مصادر الحق فى الفقه الاسلامى جـ٢ ص١٧ وما بعدها — للسنهورى حيث يقول « وفى النظم الاقتصادية التى كانت قائمة وقت تكون الفقه الاسلامى لم يقصر فقهاء المسلمين فى وضع ا لاسس العامة التى تمنع الاحتكار ، وتضرب على أيدى المحتكرين وترفع الضرر عن الناس من جراء ما ندعوه الآن فى الفقه الغربى بعقود الاذعان » .

حكم الاحتكار :

ان فقهاء المسلمين قد اختلفوا فيما بينهم حول حكم الاحتكار فمنهم من قال بالحرمة ومنهم من قال بالكراهة وأساس هذا الخلاف هو مدى فهمهم للأدلة وقوتها ٠ والراجح هو حرمة الاحتكار اذا توافرت فيه هذه الشروط وهى :

١ - أن يتم حبس السلعة انتظارا للغلاء ورفع الأسعار ٠

٢ - أن يكون الاحتكار وقت شدة حاجة الناس اليها ٠

٣ - أن يكون الشيء المحتكر فاضلا عن كفاية ما يحتاج اليه هو ومن يعوله ٠

ولقد وردت أحاديث كثيرة تفيد بأن الاحتكار الضار بالناس حرام لأنه يؤدى الى غلاء أقواتهم ومتطلباتهم وغلاء ذلك أمر ضار بالمسلمين وحرام لذاته(٨٣) ٠

نذكر بعض هذه الأحاديث الدالة على ذلك وهى :

١ - عن أبى هريرية (ض) قال : قال رسول الله (ص) « من احتكر حكرة يريد أن يغلى بها على المسلمين فهو خاطىء » ٠

٢ - عن سعيد بن المسيب أن النبى (ص) قال « لا يحتكر الا خاطىء » ٠

٣ - وعن عمر (ض) قال سمعت النبى (ص) يقول « من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والافلاس »(٨٤) ٠

٤ - وعن معقل بن يسار قال : قال رسول الله (ص) « من دخل فى شىء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقا على الله أن يقعده بعظم من النار يوم القيامة » ٠

---

(٨٣) الجريمة والعقوبة للامام الشيخ محمد زهرة ص٢٤٠ .

(٨٤) أنظر نيل الاوطار للشوكانى جـ٥ ص٢٢٠ وما بعدها .

٥ ـ وروى أحمد والحاكم وغيرهما عن ابن عمر (ض) « من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئت منهم ذمة الله ، وأيما أهل عرصة أصبح فيهم امرؤ جائع فقد برىء من الله وبرىء الله منه »(٨٥) ٠

فهذه الأحاديث وغيرها واضحة الدلالة على حرمة الاحتكار ٠ ورغم ذلك قد اختلف الفقهاء في أمرين :

الأمر الأول : هل الاحتكار مكروه أم حرام :

فيه قولان :

القول الأول : وهو ما ذهب اليه الحنفية والمالكية الى أن الاحتكار مكرو هولكن هذه الكراهة تقارب التحريم استنادا الى الأحاديث السابقة وفضلا عن ذلك فانهم ينصون في كتبهم على تعزير المحتكر وطرده من السوق اذا نهى عن الاحتكار فلم ينته(٨٦) ٠

القول الثاني : وهو ما ذهب اليه الشافعية والحنابلة والزيدية الى تحريم الاحتكار(٨٧) ٠ واستدلوا بما يأتي :

١ ـ قول الرسول (ص) « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » وقوله (ص) « من احتكر فهو خاطىء » وفي رواية « لا يحتكر الا خاطىء » ٠

---

(٨٥) نيل الاوطار للشوكاني جـ٥ ص٢٢١ وفتح الباري جـ ٩ ص ٢٠٥ عرف الاحتكار .
بأنه « امساك الطعام عن البيع وانتظار الغلاء مع الاستغناء عنه وحاجة الناس اليه » .

(٨٦) الفتاوى الهندية جـ٣ ص٢١٣ جاء فيها « الاحتكار مكروه .. » مدونة الامام مالك جـ١٠ ص١٢٣ ، والقوانين الفقهية لابن جزى ص٢٥٥ .

(٨٧) المهذب جـ١ ص٢٩٢ ، المغني لابن قدامة جـ٤ ص٢٨٢ الروض النضير شرح مجموع الفقه الزيدي جـ٣ ص٢٠٦ .

٢ ـ عن أبى هريرة (ض) أن رسول الله (ص) قال « يحشر الحاكرون وقتلة الأنفس فى درجة ٠ ومن دخل فى شىء من سعر المسلمين يغليه عليهم كان حقا على الله أن يعذبه فى معظم النار يوم القيامة »(٨٨) ٠

٣ ـ عن ابن عمر (ض) ان النبى (ص) قال « من احتكر طعاما أربعين يوما فقد برىء من الله تعالى »(٨٩) ٠

فهذه الأحاديث ظاهرة الدلالة على حرمة الاحتكار لأن الرسول (ص) قد توعدهم بالعذاب الأليم يوم القيامة ٠

الأمر الثانى : فى نطاق تحريم الاحتكار :

فالفقهاء الذين قالوا بحرمة الاحتكار اختلفوا فيما بينهم فى السلعة التى يحرم احتكارها هل هو الطعام الخاص بالآدمى فقط أم كل سلعة ضرورية ولازمة للحياة ؟؟

فيه قولان :

القول الأول : يرى جمهور الفقهاء الفقهاء من الشافعية والحنابلة وغيرهم : الى أن النهى قاصر على ما يكون قوتا ويدخره الناس لذلك وما عداه فلا نهى ٠

ولذلك قال ابن قدامة الحنبلى فى كتابه المغنى « ان الاحتكار المحرم هو ما اجتمع فيه ثلاثة شروط :

أن يشترى وأن يكون المشترى قوتا وأن يضيق على الناس بشرائه »(٩٠) ٠

---

(٨٨) سنن أبى داود ج٣ ص٢٨٥ ، والترغيب والترهيب ص١٧ ٠
(٨٩) نيل الاوطار للشكونانى ج٥ ص٢٢٢ ٠
(٩٠) المغنى لابن قدامه ج٤ ص١٦٧ ٠

واستدلوا على ذلك بقول الرسول (ص) « من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والافلاس » وقول الرسول (ص) « لا يحتكر الا خاطىء » ذكر الراوى أنه جاء عن سعيد بن المسيب وكان يحتكر الزيت » فدل ذلك على أن احتكار ما عدا القوت لا حرج فيه اذ لو كان فيه أى شىء لما أقدم عليه أحد كبار التابعين هو سعيد بن المسيب المشهور بورعه وتقواه ٠

« وربما نظر الجمهور من ناحية المعنى الى الحكمة المناسبة للتحريم وهى دفع الضرر عن عامة المسلمين ، والأغلب فى دفع الضرر عن العامة انما يكون فى القوت دون غيره مما يحتاج اليه البعض دون البعض أو يحتاجون اليه على التناوب فى وقت دون وقت كالعسل والسمن والجبن أو أنهم قيدوه بما ذهب اليه سعيد بن المسيب حيث ذهب الى تحريمه فى القوت دون غيره »(٩١) ٠

القول الثانى : وهو ما ذهب اليه البعض بأن كل ما أضر بالناس حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا أو فضة(٩٢) ومنهم ابن حزم الظاهرى الذى يرى تقييدا لاحتكار الممنوع بما يضر الناس ويقول « الحكرة المضرة بالناس حرام سواء فى الابتياع أو فى امساك ما ابتاع ويمنع من ذلك ٠

والذى أراه وأرجحه ما ذهب اليه القول الثانى أن كل حبس فيه ضرر سواء أكان قوتا لآدمى أم لحيوان أم غير قوت وفيه ضرر شديد للناس يعتبر احتكارا محرما ٠

---

(٩١) أ.د / الشافعى عبد الرحمن ص١٦٣ ٠

(٩٢) نيل الاوطار جـ٥ ص٢٢٠ مشار اليه فى المرجع السابق ٠

انظر فتح البدوى جـ٩ ص٣٠٥ وما بعدها ٠ حيث عرف الاحتكار المحلى لابن حزم الظاهرى جـ٩ ص٧١٧ مسألة ١٥٨٦

وإذا انتفى الضرر من الاحتكار فى وقت ما فلا تحريم « لأن لكل حكم علته التى تدور معه وجودا وعدما وعلة .. تحريم الاحتكار أنه ضار بالناس مضيق عليهم . وتنتفى هذه العلة فى وقت الرخاء بل ان الاحتكار فى وقت الرخاء لا يكون احتكارا بالمعنى المقصود تحريمه وانما يتخذ معنى التدبير وادخار الأشياء الى وقت الحاجة اليها وهذا لا ضرر فيه ولا وجه لتحريمه »(٩٣) .

ويؤيد ذلك الفقهاء المعاصرين(٩٤) حيث يرون أن الاحتكار المحظور فى الشريعة الاسلامية هو حبس أى شئ تشتد حاجة الناس اليه ويستعملونه فى حياتهم ويتضررون من حبسه عنهم ويستوى فى ذلك أن يكون ذلك الحبس نتيجة شراء أو اختزان وأن يكون الشراء من مصر أو غيرها « أى مستورد ومجلوب أم غير ذلك » وأن يكون ذلك الشئ طعاما أو غير طعام وسواء اشتراه وقت الغلاء أو وقت الرخص ليرفع سعره ويغليه على الناس عند الضيق والاحتياج ويشهد لأصحاب هذا الرأى - أبو يوسف ومن معه - اطلاق الأحاديث التى تنهى عن الاحتكار دون أن تتعرض لتخصيص الطعام بهذا النهى وهى كثيرة منها قول الرسول (ص) « من دخل فى شئ من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقا على الله أن يقعد بعظم من النار يوم القيامة » وقوله « لا يحتكر الا خاطئ » .

وجملة اقول الراجح الذى نؤيده هو أن تخدم الاحتكار يشمل القوت وغيره مما يحتاج اليه الناس وهذا يفيد أن وصف

---

(٩٣) التسعير فى الاسلام للبشرى الشوربجى ص٦٠ وما بعدها .

(٩٤) الشيخ محمد زهرة فى مؤلفه . مالك حياته وآراؤه ص٤٤٦ وابن حنبل ص٣١٨ .

أ.د. سلام مدكور الاحتكار وموقف التشريع الاسلامى منه ص٤٧٢ .

أ.د. عبد الله العربى الاقتصاد الاسلامى والاقتصاد المعاصر ص٢٤٤.

الشيخ أبو الوفا المراغى من قضايا العمل والمال فى الاسلام ص٥٦ .

الاحتكار غير قاصر على حبس بعض أنواع الطعام فقط ولا على الأطعمة وحدها وانما يشمل كل ما تتعلق به حاجة الناس ومن مستلزمات حياتهم ومعيشتهم ولذلك قال أبو يوسف : كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا أو فضة » ٠

فالاحتكار المحرم ليس خاصا بالطعام كما يرى البعض بل هو عام فى كل ما تمس اليه الحاجة وتدعو اليه الضرورة مثل الأدوية والخبز والماء والكهرباء والغاز ومواد البناء والأقمشة وغير ذلك مما لا غنى للناس عنه ٠

عقود الاذعان قائمة على الاحتكار غير المشروع

مما سبق نستنتج ما يأتى :

١ ــ ان الاحتكار الضار بالناس غير مشروع فى الشريعة الاسلامية ٠ وعقود الاذعان اذا قامت على هذا الاحتكار تكون غير مشروعة لعدم مشروعية أساسها ٠

٢ ــ عقود الاذعان تقوم على أساس فرض سعر جبرى للمصلحة أو الخدمة على الجمهور ٠ والتسعير لا يجوز فى الشريعة الاسلامية لما رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه عن أنس قال : غلا السعر على عهد رسول الله (ص) فقالوا يا رسول الله : غلا السعر فسعر لنا فقال : ان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ٠ انى لأرجو أن ألقى الله وليس أحد يطلبنى بظلامة فى دم ولا مال ٠

قال : الترمذى هذا حديث صحيح : وهو صريح فى تحريم التسعير من جهتين :

الأولى : أن الرسول (ص) رفض أن يسعر ولو كان جائزا لفعله الرسول (ص) فعدم فعله دليل على مشروعيته ٠

الثانية : أن الرسول (ص) علل عدم فعله بكونه مظلمة والظلم حرام(٩٥) .

٣ – القابل فى عقود الاذعان مكره على العقد . فرضاه معيب اذ هو مضطر للقبول فلا وجه له الا التعاقد مع هذه الشركات الاحتكارية المسيطرة .

وقد رأينا أن بعض رجال القانون ينكرون صفة العقد على عقود الاذعان لهذا السبب .

وعقود الاذعان بشهادة القانونيين أنفسهم لا تخدم مصالح الجمهور بقدر ما تحترم مصالح المحتكرين :

ولذلك يقول البعض(٩٦) « عقد الاذعان لا يسود الا فى ظل الاحتكار وبخاصة الاحتكار الناشىء من اتفاق المشروعات بعضها مع بعض حيث تحل فيها الكفاح ضد الزبائن محل الكفاح من أجل الزبائن » .

٤ – ان القواعد العامة للشريعة الاسلامية تقرر بأن الاحتكار الضار بالناس هو من الظلم والعدوان وهما منكران منهى عنهما فى القرآن والسنة .

ولذلك يقول ابن تيمية « ان العدل فى المعاملات هو قوام العالمين لا تصلح الدنيا والآخرة الا به »(٩٧) .

فالاحتكار الذى هو أساس عقود الاذعان من المنكرات التى نهى الشارع عنها لأنه ذريعة للتضييق على الناس ومنكر فى ذاته وظلم لعموم الناس(٩٨) .

---

(٩٥) الشرح الكبير للمقدس جـ٤ ص٤٥ .

(٩٦) أ.د. عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام جـ١ ص٣٥٩ .

(٩٧) السياسة الشرعية فى اصلاح الراعى والرعية ص١٧٨ لابن تيمية الحسبة فى الاسلام ص١٧١ .

(٩٨) ابن القيم فى الطرق الحكمية ص٢٦٣ ط ١٩٦١ وفى اعلام الموقعين جـ٣ ص١٥٤ ط ١٩٦٨ .

خلاصة البحث

بعد أن قدمنا هـذا العرض الموجز لموقف القانون المدنى بالنسبة لعقد الاذعان ومدى مشروعيته وخصائصه ثم بينـا موقف الشريعـة الاسـلامية منه يمـكن القول بأن الشريعة الاسلامية لا يضيرها أن تعرف هذه العقود وتتبناها وتنظم أحكامها · لأن فقهاء الشريعة قد وضعوا الأسس التى تجعلها فى غنى عن مثل هذه العقود بتحريم الاحتكار ومن ذلك فـان أى عقد يقوم على أساس منه يكون باطلا وغير مشروع اذا كان الاحتـكار من الأفراد أو من الشركات الخاصة لأنه فى هـذه الحالات لا يخلو من استغلال لمصالح الناس وفى زماننا وعصرنا هذا فقد استحكمت الأزمات الاقتصادية مما اضطرت الدول الى التدخل فى هذه النواحى الاقتصادية بالتنظيم · واحتـكارها سلعا معينة أو خدمات معينة حتى تضمن وصولها الى الجمهور بسعرها المعقول والعادى بعيدا عن احتكار الأفراد واستغلالهم ولذلك يمـكن القـول :

بمشروعية عقود الاذعان اذا كانت تقوم على هذه الأسس·

أولا – أن يكون المحتكر للسلعة أو الخدمة هو الدولة وليس الأفراد أو الشركات الخاصة لأن الدولة تسعى لمصالح شعبها ومن ثم الاستغلال فى جانبها غير مضر وغير متوفر لديها ·

ثانيا – أن يكون الهدف الأساسى هو رعاية مصالح جمهور الناس وايصال السلع اليهم وكذا الخدمات بسعرها العـادى والمعقـول ·

ثالثا – أن تكون هذه العقود محل احترام وتقدير والزام الطرفين ويلتزم كل منهما لمـا ورد فى العقد من بنود طالمـا أنها نشأت فى قنواتها الشرعية والقانونية ·

رابعا ــ يجرى تفسير هــذه العقود التي تبرمها الدولة في حالة الغموض • وفقــا للنصوص التى تنظمها • وأن يــكون التفسير عند الشك لمصلحة الطرف المذعن سواء أكان دائنــا أو مدينــا ؛

خامسا ــ أن يعطى المشرع سلطة تقديرية واسعة للقاضي لتعديل ما قــد يتضمن هــذه العقود من شروط جائرة ومضرة بالنسبة للطرف المذعن الذى لحقه ضرر من جراء ذلك ؛ وفقــا للمبدأ المقرر فى الشريعة « لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام » •

سادسا ــ أن ينص المشرع على جزاء حاسم ورادع يوقع على المحتكر وهو الطرف القوى عند استغلال الطرف المذعن الضعيف ؛

وينص على أن تباع السلع المحتكرة جبرا عن صاحبها بالثمن المعقول أو يجبر هو على البيع بالعقوبة التى تحمله على أن يبيع بــكسب معقول لا استغــلال فيه لحاجة الناس • والا باع عليه القــاضى بولايته الشرعية أو يحــكم بمصادرة السلع دفعا للضرر عن الناس •

سابعا ــ تسعير ثمن السلع المعروضة لجمهور الناس أو تحديد ما يدفعه المذعن مقابل الخدمات التى تقدم له أمر مباح لولى الأمر بل قد يكون واجبا سدا للذرائع •

فاطــلاق الحــرية فى البيع والشراء بأى ثمن دون تسعير كأمر مباح أصلا ، قــد يكون وسيلة الى الاستغلال والجشع ومنفذا للاحتكار والتحكم فى ضروريات الناس •

فيقضى هذا الأصل الشرعى بسد هذا الباب وذلك بتقييد التعامل بأسعار معينة ومحــددة لمقاومة الجشع والاحتــكار

« ولأن الأضرار الفادحة من ترك الأسعار حرة توجب التدخل فى أمرها حتما »(٩٩) .

ويقــول الدكتور حسين حامد(١٠٠) ان الأصل أن لــكل انسان أن يبيع سلعته بالسعر الذى يروق له دون فرض قيود على حريته ولكننا نرى بعض الصحابة والمجتهدين يمنع البائع من البيع بالسعر الذى يريده اذا كان البيع بهذا السعر وسيلة للاضرار بالغير وذريعة الى المفسدة .

وأن ولى الأمر اذا تأكد أن مزاولة التجار للأعمال المشروعة انما اتخــذت ذريعــة الى ما ليس بمشروع وأنهم تعسفوا فى استعمــال حقوقهم بقصــد الاضرار بمنافسيهم والتحــكم فى الأسواق وأرزاق الناس بعد ذلك فان له أن يمنعهم سدا للذريعة .

والله تعــالى أعلى وأعــلم

انــه نعم المولى ونعم النصــير

---

(٩٩) الاسلام المفترى عليه : للشيخ محمد الغزالى ص١٠٦، ط٣ .
(١٠٠) نظرية المصلحة فى الفقه الاســلامى ص٢٣٥ .